

VU Research Portal

Experimenten met algemene regels van bestuursrecht: een verkenning

Jacobs, M.J.

published in
25 jaar Awb
2019

document version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Jacobs, M. J. (2019). Experimenten met algemene regels van bestuursrecht: een verkenning. In B. Marseille, H. Peters, T. Barkhuysen, W. den Ouden, & R. Schlössels (Eds.), *25 jaar Awb: In eenheid en verscheidenheid* (pp. 225-232). Wolters-Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:
vuresearchportal.ub@vu.nl

Rianne Jacobs*

21 | Experimenten met algemene regels van bestuursrecht: enkele overpeinzingen

@R_Jacobs – Experimenteren is in. Ook de wetgever doet eraan mee. Laat de Awb eigenlijk genoeg ruimte voor experimenten en, zo niet, hoe zouden de mogelijkheden kunnen worden verruimd? #Awb-experimenten#experimentele-wetgeving

1. Inleiding

Experimenteerwetgeving mag zich op dit moment in een warme belangstelling verheugen. Hoewel er al decennialang zo nu en dan experimenteerwetgeving tot stand wordt gebracht, was de heersende opinie onder (wetgevings)juristen dat er terughoudendheid moest worden betracht met dit type wetgeving.¹ Recent lijkt het tij echter te zijn gekeerd. Het regeerakkoord van het kabinet Rutte III heeft daarbij wellicht als katalysator gediend, al waren er ook eerder al tekenen van een grotere behoefte aan experimenteerwetgeving.²

Deze toegenomen belangstelling voor experimenteerwetgeving doet zich inmiddels ook gevoelen met betrekking tot de algemene regels van bestuursrecht zoals die in de Awb te vinden zijn. In hun consultatiereacties op het concept van de Experimentenwet rechtspleging betogen zowel de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, als de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak dat de werkingssfeer van dit wetsvoorstel zou moeten worden uitgebreid naar de Awb.³ Ook Koenraad pleitte hiervoor in de Gemeentestem.⁴ Ook wordt er inmiddels gedacht aan experimenteerwetgeving met betrekking tot de geschilbeslechting in het sociaal domein.⁵

* Prof. mr. M.J. Jacobs is wnd. coördinerend raadgever bij het Ministerie van Justitie en Veiligheid en bijzonder hoogleraar Wetgeving en reguleringsvraagstukken aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

¹ G.J. Veerman en S. Bulut, *Over experimenteer- en horizonbepalingen*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2010. Zie F.J. van Ommen in: S.E. Zijlstra e.a., *Wetgeven*, Kluwer 2012, p. 165-166. Maar zie zeker ook de Aanwijzingen voor de regelgeving: nr. 2.41 en 2.42.

² M.J. Jacobs, *Experimentele wetgeving*, Deventer: Kluwer 2018, p. 8-9 en hoofdstuk 2 en 3; E.S. Cnossen en L.L. van der Laan, *Structurele experimenteergrondslagen: een blik op de wetgevingspraktijk* (preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving), Den Haag: NVvW 2018, hoofdstuk 1.

³ Zie hierna noot 22.

⁴ L.M. Koenraad, 'Experimenteren met het bestuursprocesrecht', *Gst.* 2018/88.

⁵ N. Jak, 'Bestuursrechtelijke rechtsbescherming jegens private aanbieders. Het sociaal domein als proeftuin', *NTB* 2018/49.

In deze bijdrage zal worden verkend welke ruimte de Awb nu reeds biedt voor experimenten en of er behoefte bestaat aan een of meer experimenteerbepalingen in de Awb of daarbuiten. Over experimenteerwetgeving valt veel te zeggen en de afgelopen jaren is er ook het nodige over gepubliceerd. Gelet op het thema van deze bundel en omwille van de lengte van deze bijdrage wordt in deze bijdrage uitsluitend ingegaan op experimenteren in en met de Awb.⁶

2. Experimenteren onder de Awb: dat gebeurt toch al?

In politiek en bestuur valt een tendens waar te nemen om nieuw beleid, maar zeker ook nieuwe regels, eerst op kleine schaal te testen voordat het definitief wordt ingevoerd. Dit heeft als voordeel dat er, voordat een maatregel definitief wordt verankerd in een wet, zaken kunnen worden bijgesteld (bijvoorbeeld omdat uit de evaluatie bleek dat er verbeteringen mogelijk of nodig zijn) of dat besloten kan worden om de maatregel maar helemaal niet in te voeren (bijvoorbeeld bij tegenvallende resultaten). Er valt hier een parallel te trekken met het testen van nieuwe technologieën: marktpartijen die nieuwe technologieën hebben ontwikkeld of nieuwe manieren om technologie te gebruiken hebben bedacht, testen ook eerst in de praktijk of en hoe een en ander werkt, voordat zij met hun product de markt op gaan.⁷ Het nadeel van het uittesten van regels is echter dat er gedurende een zekere periode verschillende regels naast elkaar gelden. Bezien vanuit de doelstellingen van de Awb die meer dan vijftwintig jaar geleden zijn geformuleerd, weegt dit nadeel zwaar. Het algemeen deel van het bestuursrecht was ooit verspreid over een zeer groot aantal bijzondere wetten. De Awb moest hierin verandering brengen door de eenheid binnen de bestuursrechtelijke wetgeving te bevorderen, deze te systematiseren en zo mogelijk te vereenvoudigen.⁸ Deze aard van de Awb wringt dus met de variëteit aan regels die experimenteerbepalingen welhaast automatisch met zich brengen.

Toch hoeft experimenteren met algemeen bestuursrecht niet bezwaarlijk te zijn en is er in de afgelopen vijftwintig jaar ook wel geëxperimenteerd binnen de grenzen van de Awb. Wanneer bestaande wet- en regelgeving voldoende ruimte biedt is er immers geen speciale experimenteerwetgeving nodig. Zo worden er binnen de grenzen van veel wetten allerhande experimenten, meestal pilots geheten, opgezet om nieuw beleid te testen. Binnen de kaders die de Awb reeds bood zijn in het verleden ook pilots gedaan. Een voorbeeld hiervan zijn

⁶ Zie bijv. de preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving van 2018; Jacobs 2018; V.I. Daskalova & M. Heldeweg, *Constitutionele mogelijkheden en beperkingen voor experimenteel handelen en experimentele wetgeving* (Staatsrechtconferentie 2016), Oisterwijk: Wolf legal publishers 2017 en S. Ranchordas, *Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation?*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2014.

⁷ Bijv. de zelfrijdende auto.

⁸ PG Awb I, 18-21.

de pilots die hebben plaatsgevonden in het kader van de Nieuwe zaaksbehandeling.⁹ Van zeer recente datum is het experiment dat de Afdeling bestuursrechtspraak heeft gedaan met de figuur van de *amicus curiae*. De Afdeling deed dit op grond van artikel 8:45, lid 1, Awb, dat de rechter de mogelijkheid biedt anderen dan partijen om schriftelijke inlichtingen te vragen.¹⁰

In dit kader zou ook een geheel ander fenomeen kunnen worden genoemd. Dat zijn de onderwerpen waarvan in de loop van de afgelopen vijftientwintig jaar de vraag is gesteld of het niet eens tijd werd deze in de Awb te regelen omdat het onderwerp inmiddels in de praktijk behoorlijk was uitgekristalliseerd. Dit deed zich bijvoorbeeld voor met betrekking tot het onderwerp ‘verdeling van schaarse subsidiegelden’.¹¹ Het tot ontwikkeling laten komen van bepaalde leerstukken buiten de Awb, alvorens een algemene regeling te treffen in de Awb, heeft zeker wel verband met uitproberen en testen, maar is toch niet helemaal hetzelfde als experimenteren en experimenteerwetgeving omdat er bij experimenteren welbewust voor wordt gekozen om te bezien of en hoe een nieuwe regel werkt. Bij een leerstuk dat buiten de Awb tot ontwikkeling is gekomen hoeft daarvan geen sprake te zijn.

3. Experimenteren onder de Awb: dat kan toch al?

In de memorie van toelichting zijn destijds vier doelstellingen van een Algemene wet bestuursrecht geformuleerd: 1. het bevorderen van eenheid binnen de bestuursrechtelijke wetgeving, 2. het systematiseren en, waar mogelijk, vereenvoudigen van de bestuursrechtelijke wetgeving, 3. het codificeren van ontwikkelingen, die zich in de bestuursrechtelijke jurisprudentie hebben afgetekend en 4. het treffen van voorzieningen ten aanzien van onderwerpen die zich naar hun aard niet voor regeling in een bijzondere wet lenen.¹² Met het oog op de eerste doelstelling, hebben de ontwerpers van de Awb vier harmonisatietechnieken

⁹ Zie hierover Jaarverslag Rechtspraak 2009 (bijlage bij *Kamerstuk II 2009/10*, 32123-VK, 103) en A.T. Marseille, *Comparitie en regie in de bestuursrechtspraak*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2010.

¹⁰ J.C.A. de Poorter, I.A. van Heusden, C.J. de Lange, *De amicus curia geëvalueerd*, Den Haag: Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 2018, p. 13. Deze experimenten leidden overigens tot de aanbeveling om in de Awb een bepaling op te nemen waarin de hoogste bestuursrechters de bevoegdheid wordt toegekend om de *amicus curiae* in te zetten, omdat art. 8:45 Awb oorspronkelijk niet was bedoeld om hiervoor als grondslag te dienen en om bepaalde processuele aspecten te regelen (zie p. 78 en 134).

¹¹ Rianne Jacobs & Willemien den Ouden, ‘Wat was, werd en wordt belangrijk in het algemene subsidierecht’, *Netherlands Administrative Law Library*, januari 2014, DOI: 10.5553/NALL/.000017. Naar de verdeling van schaarse publieke rechten in het algemeen is onderzoek gedaan door Wolswinkel. Hij concludeerde dat de tijd nog niet rijp is voor algemene regels van verdelingsrecht in de Awb. Zie: C.J. Wolswinkel, ‘Schaarse publieke rechten. Een algemeen leerstuk gerelativeerd’, *NTB* 2014/7.

¹² *PG Awb I*, p. 19.

gebruikt met een afnemende mate van dwingendheid voor de bijzondere regelgever: dwingend recht, regelend recht, aanvullend recht en facultatief recht.¹³

Deze vier vormen van harmonisatie die de Awb kent, kunnen aanknopingspunten bieden voor het bepalen of experimenten reeds mogelijk zijn dan wel regeling behoeven. Voor zover Awb-regels regelend, aanvullend of facultatief zijn, zijn er over het algemeen voldoende mogelijkheden om de regels van de Awb niet te volgen en dus ook om te experimenteren met andere regels. Met andere woorden: als het nodig is te experimenteren, dan kan dat gewoon. Voor dwingendrechtelijke bepalingen ligt het anders. Daar bepaalt de Awb de regel en is dus een wet in formele zin nodig om ervan te kunnen afwijken. Wie in het kader van een experiment wil kunnen afwijken van een dwingendrechtelijke bepaling, heeft dus een expliciete experimenteergrondslag nodig.

4. Meer experimenteren onder de Awb: hoe?

In sommige gevallen is het echter niet mogelijk om te experimenteren zonder in strijd te komen met een of meer bestaande (dwingendrechtelijke) bepalingen. In een dergelijk geval zou experimenteerregelgeving nuttig kunnen zijn. Daarin zijn verschillende varianten denkbaar. Ten eerste kan de variant worden gekozen die in de Aanwijzingen voor de regelgeving is beschreven: een experimenteergrondslag in een wet in formele zin op basis waarvan bij algemene maatregel van bestuur een experimenteerregeling voor een concreet experiment kan worden vastgesteld.¹⁴ Een andere bekende variant is de experimenteerwet. Bij deze variant wordt een wet in formele zin vervaardigd die niet alleen experimenten mogelijk maakt, maar die ook de kaders bepaalt waarbinnen die experimenten moeten plaatsvinden en zo nodig ge- en verboden geeft. Er komt dus geen algemene maatregel van bestuur aan te pas. Een experimenteerwet is in wezen een experimenteergrondslag en een experimenteerregeling ineen.¹⁵ Met betrekking tot de Awb zijn deze beide varianten bij mijn weten tot nu toe nog nooit overwogen.

Ten derde kan worden gekozen voor de variant van het ‘ingroeimodel’. Bij deze variant wordt vooruitlopend op de totstandkoming of inwerkingtreding van nieuwe regelgeving alvast op kleine schaal ervaring opgedaan met de nieuwe regelgeving met als doel om zo nodig hetzij de regels, hetzij de uitvoering te kunnen bijstellen.¹⁶ Bij de inwerkingtreding van Afdeling 8.1.6a Awb, over verkeer langs elektronische weg met de bestuursrechter, is gekozen voor dit ‘ingroeimodel’. Ten vierde zou ook nog denkbaar zijn om ‘regelluwte’ te

¹³ N. Verheij, *Het systeem van de Algemene wet bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1993, p. 11.

¹⁴ Zie Aanwijzing 2.41 en 2.42 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

¹⁵ In paragraaf 2.3.6 van mijn oratie (Jacobs 2018) ben ik uitvoeriger ingegaan op deze variant.

¹⁶ Uitvoeriger: Jacobs 2018, paragraaf 3.2.1.

creëren door alle regels waarmee een gewenst experiment in strijd zou kunnen zijn, tijdelijk en voor een beperkte groep buiten werking te stellen. Dit kan alleen bij wet in formele zin. Ook deze variant is bij mijn weten nog nooit overwogen met betrekking tot de Awb.

Zonder een concreet experiment in gedachten te hebben is het echter lastig om te bepalen of een wet al dan niet voldoende ruimte biedt en ook welke van de hierboven genoemde varianten het meest geschikt is voor de juridische vormgeving. Op het eerste gezicht lijkt het ‘ingroeimodel’ alleen geschikt als er al concrete plannen voor wetswijziging zijn; zonder die plannen kan er immers nog niets ingroeien. Ook voor de experimenteerwet en voor het scheppen van ‘regelluwte’ geldt dat er concrete gedachten moeten zijn over de te regelen experimenten. Een wettelijke experimenteergrondslag kan wel in een wet worden opgenomen, zonder dat er nog sprake is van een concreet experiment. Dit gebeurt in de praktijk ook geregeld en dergelijke grondslagen bieden vaak zeer veel ruimte om af te wijken van bestaande wet- en regelgeving. Als argument daarvoor wordt aangevoerd dat nu eenmaal nog niet bekend is wat de toekomstige experimenten zullen behelzen.¹⁷

5. Een experimenteergrondslag in de Awb?

Om meteen maar met de deur in huis te vallen: één algemene experimenteergrondslag die geldt voor de hele Awb lijkt mij geen goed idee! Naar mijn mening staat het grote aantal verschillende onderwerpen dat in de Awb geregeld is in de weg aan het opnemen van één experimenteerbepaling die het mogelijk maakt dat bij algemene maatregel van bestuur van ieder Awb-artikel kan worden afgeweken. In ieder geval zou nimmer kunnen worden voldaan aan het uit de Aanwijzingen voor de regelgeving voortvloeiende vereiste dat in de experimenteergrondslag het doel en de functie van de experimenten wordt aangeduid.¹⁸ De consequentie van een dergelijke bepaling zou immers zijn dat werkelijk elke Awb-bepaling vatbaar wordt voor experimenten, ook bijvoorbeeld de kernbegrippen besluit en bestuursorgaan en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wat betreft die beginselen lijkt het me evident dat daarmee niet geëxperimenteerd wordt.¹⁹ Wat de kernbegrippen betreft staat de grote samenhang tussen de Awb en bijzondere wetgeving naar mijn mening in de weg aan het opnemen van één algemene experimenteerbepaling in de Awb.

¹⁷ Zie bijv. art. 2.4 Chw, maar ook de art. 7a Elektriciteitswet en ii Gaswet. De laatste twee artikelen zijn bij amendement in de wet beland. In de toelichting schreven de indieners van het amendement: ‘De experimenten kunnen een breed scala aan onderwerpen uit de Elektriciteitswet 1998 of de Gaswet betreffen en zeer verstrekkend zijn. Binnen de kaders die in het artikel zijn neergelegd is niets uitgesloten.’ (*Kamerstukken II* 2011/12, 32814, 19, p. 3).

¹⁸ Zie toelichting op Ar 2.42.

¹⁹ Evenmin met Europeesrechtelijke en internationale verplichtingen overigens.

Hierboven schreef ik al dat experimenteren met de Awb wringt met sommige doelstellingen van de Awb (bevorderen rechtseenheid, systematiseren en waar mogelijk vereenvoudigen). Daarnaast zou een experimenteerbepaling die ruimte biedt voor afwijken van alle Awb-bepalingen grote consequenties kunnen hebben voor bijzondere wet- en regelgeving. De systematiek en terminologie van de Awb werkt immers door in het bijzonder bestuursrecht.²⁰ De suggestie van Koenraad om artikel 1 van de voorgestelde Experimentenwet rechtspleging zodanig aan te vullen dat ook van de Awb kan worden afgeweken, zou wat mij betreft dan ook niet moeten worden opgevolgd. Dit conceptwetsvoorstel voor een Experimentenwet rechtspleging biedt een wettelijke grondslag voor experimenten met innovatieve gerechtelijke procedures.²¹ Het voorstel, waarvan de internetconsultatie in het voorjaar van 2018 plaatsvond, maakte afwijking nodig van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de rechterlijke organisatie, de Faillissementswet, de Wet griffierechten burgerlijke zaken en de Wet op de rechtsbijstand. In diverse consultatiereacties werd gepleit voor verruiming van het wetsvoorstel tot het bestuursrecht.²² Gelet op het onderwerp van de voorgestelde wet – rechtspleging – zou een verruiming naar mijn mening dan ook een beperking moeten inhouden tot het bestuursprocesrecht (hoofdstuk 8 Awb).²³

Als er behoefte bestaat aan experimenteermogelijkheden in de Awb, zou het wat mij betreft dan ook de voorkeur verdienen om dit op een meer gecontroleerde manier aan te pakken: niet één algemene experimenteergrondslag voor de hele wet, maar in bepaalde hoofdstukken of afdelingen een experimenteerbepaling die betrekking heeft op het aldaar geregelde specifieke terrein. Ik noemde hierboven al een bepaling die specifiek betrekking heeft op het bestuursprocesrecht, maar ik zou mij bijvoorbeeld ook een experimenteerbepa-

²⁰ Vgl. ook Ar 2.46 en 2.47 waaruit volgt dat in bijzondere wetten zoveel mogelijk moet worden aangesloten bij de systematiek van algemene wetten als de Awb en de terminologie van de Awb.

²¹ Zie voor een bespreking van het consultatievoorstel: P. Ingelse, 'Experimentenwet: Carte blanche verdient nadere overweging', *TCR* 2018, p. 55-64.

²² Zie bijv. de consultatiereacties van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (https://www.raadvanstate.nl/assets/publications/consultaties/Experimentenwet_rechtspleging_31_mei_2018.pdf), de Raad voor de rechtspraak <http://rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2018-22-advies-experimentenwet-rechtspleging.pdf>) en HiiL (<https://www.Internetconsultatie.nl/experimenten/reactie/87ad10b6-22co-449f-84f7-6aa733925370>).

²³ Zie L.M. Koenraad, 'Experimenteren met het bestuursprocesrecht', *Gst.* 2018/88 en het concept voor de Experimentenwet rechtspleging (<https://www.internetconsultatie.nl/experimenten>). Denkbaar is dat aan artikel 1 van dit voorstel hoofdstuk 8 Awb wordt toegevoegd, maar mogelijk ook (onderdelen van) de Wet op de Raad van State, de Beroepswet, de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie en de Algemene wet inzake rijksbelastingen.

ling kunnen voorstellen in afdeling 2.3 Awb over ‘Verkeer langs elektronische weg’.

Betekent het voorgaande dat er nimmer experimenten mogelijk zouden moeten zijn waarbij bij wege van experiment een kernbegrip geheel of gedeeltelijk los zou worden gelaten? Nee, dat zou ik niet willen betogen. Maar gelet op de consequenties die dergelijke experimenten zouden kunnen hebben, lijkt het mij beter als dan wordt gekozen voor een experiment dat wordt vormgegeven bij wet in formele zin. Denkbaar is dat een dergelijk experiment eerst op kleine schaal wordt gedaan binnen een bijzonder rechtsgebied. Met een algemene experimenteerbepaling in de Awb zou het lastig kunnen zijn om het experiment tot een rechtsgebied te beperken. Met een wet in formele zin die specifiek met het oog op een dergelijk experiment tot stand komt, kan het experiment veel preciezer worden vormgegeven (men zou ook kunnen zeggen: een algemene experimenteerbepaling zou ertoe kunnen leiden dat bij de uitwerking van het experiment moet worden geconcludeerd dat de amvb toch te weinig mogelijkheden biedt vanwege de relatie tussen de Awb en het bijzonder bestuursrecht). Een idee voor een dergelijk experiment zou het uitbreiden van de bevoegdheden van de bestuursrechter tot feitelijk handelen ter voorbereiding en uitvoering van een appellabel besluit kunnen zijn. Van Ommeren en Huisman pleitten hiervoor al in hun VAR-preadvies in 2013.²⁴ Ook de consultatiereactie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, naar aanleiding van de Experimentenwet rechtspleging maakt hier melding van.²⁵

6. Tot besluit

In de vorige paragrafen heb ik verkend welke ruimte de Awb nu reeds biedt voor experimenten en of er behoefte bestaat aan een of meer experimenteerbepalingen in de Awb. Naar mijn idee biedt de Awb van het begin af aan al veel ruimte voor experimenten, doordat de wetgever gebruik heeft gemaakt van harmonisatietechnieken met een afnemende mate van dwingendheid voor de bijzondere regelgever: dwingend recht, regelend recht, aanvullend recht en facultatief recht. Desalniettemin kan er in bepaalde gevallen behoefte zijn aan experimenten die op dit moment niet mogelijk zijn binnen de kaders van de Awb, of kan er bijvoorbeeld behoefte zijn aan het rustig laten ‘ingroeien’ van nieuwe regels. Afhankelijk van de mate van ingrijpendheid van het experiment voor het algemeen én het bijzonder bestuursrecht, moet naar mijn mening een keus worden gemaakt voor hetzij regeling van het experiment in een wet in formele zin, hetzij een of enkele experimenteerbepalingen in afdelingen van de wet

²⁴ F.J. van Ommeren & P.J. Huisman, ‘Van besluit naar rechtsbetrekking: een groei-model’, in F.J. van Ommeren e.a., *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

²⁵ Zie p. 3 van de consultatiereactie (https://www.raadvanstate.nl/assets/publications/consultaties/Experimentenwet_rechtspleging_31_mei_2018.pdf).

die zich daarvoor lenen. Zoals ik hierboven heb laten zien lijkt mij een 'one-size-fits-all'-benadering niet geschikt binnen het algemeen bestuursrecht.